Duplicado esta este papel en el tom 6. | inconi. moral 2 ... per totum ublate

24

REPLICA
Por
DOÑA ANA PINTO DE LEON,
Contra el señor Canonigo Don Luis de Tapia.

PRETENDESE por la otra parte excluir de culpa a Pedro Rodriguez su cochero, por dezir que no està probado q̃ lleuaua corriendo el coche. Y dize bien, porque auiendo visto mejor los testigos, no ay ninguno que diga que lo lleuaua corriendo; pero dizen que el mismo cochero derribò y trõpicò la Niña con el coche: y esto es mayor culpa que auerlo lleuado corriendo. Y porque se ponderan los testigos en los dichos que dixeron ante la justicia Real, y en este Tribunal, se referiràn con puntualidad, para no errar por relacion, y fundar mejor la justicia de esta miserable muger, que perdio su hija.

Saluador Martin ante la justicia Real, examinado luego in continenti en el mismo sitio donde sucedio el caso, dize que vido, *que el coche de mulas del señor Canonigo, que lo traìa vn cochero que no conocio, en la plaçuela de San Pablo derribò vna Niña de edad de dos años, a la qual trompicò el dicho cochero con el dicho coche y mulas, y la hirio muy mal, y luego el dicho cochero se fue huyendo con el coche.*

Este mismo testigo en este juyzio dize, *que vio que acabando de passar el coche por medio de la corriente de la calle, vido llorar la Niña, y que embió vn muchacho, que dixo: Señor, el pellejo de la cabeça tiene arrollado.*

Pedro Inacio, ante la justicia Real, examinado tãbien en el mismo sitio, vio, *que viniendo el cochero con el coche andando, derribó a vna Niña de dos años, y el cochero con el dicho coche la trompicò, y hirio en la cabeça, y luego se fue huyendo.*

Este examinado en este pleyto, dize, *que el coche venia muy passo a passo, y no vio que cogiesse a la Niña, ni que la lastimasse; y q̃ auiendola visto herida, presumio lo auria hecho el dicho coche, porque no auia en la calle quien lo pudiesse hazer.*

Manuel Gonçalez costalero, examinado en el mismo sitio, vio, *que llegãdo junto a vna tienda, iva passando vna Niña de dos años, a la qual derribó el cochero, y la trompicò con el coche y mulas, y la hirio mal, y el dicho cochero se fue huyendo.*

En este juyzio dize, *que el cochero traìa el coche muy apriesa, y que passando la Niña, el coche passó por encima della.*

De todos los testigos que ha presentado el señor Canonigo, solo vno ay de vista, que es Benito Lorẽço costalero, que dize, *que la Niña estaua arrimada a la pared con vnas ciruelas en las manos, y que auiendo passado las primeras ruedas, se le cayeron algunas ciruelas, y baxandose por ellas para cogerlas, passarõ las segundas ruedas,*

y como

y como la Niña se metio debaxo a cogerlas, la cogio vna de las segundas ruedas, y la hirio en la cabeça.

Esta es la sustancia de ambas probanças, porque aũque ay mas testigos, dizen de oydas, y otras cosas que no importã. Y de la vareidad conque han depuesto los testigos de la actora, se prueba bien, que litiga con vna persona tan poderosa, y de tanta autoridad como el señor Canonigo, cõtra quien se prueba con dificultad, y mas por vna persona tan pobre y miserable; argum. *tex. in l. splendidioris C. de diuers. offi. Azeued. cõs. 28. n. 45. Giurb. decis. crim. 13. n. 3*

Y no nos detendremos en concordar los testigos, porque de ambas probanças se prueba cõ claridad, que el coche del señor Canonigo y su cochero mataron la Niña, hija de la actora; y en esto no ay duda: en lo que se pone, es, si tuuo culpa el cochero. Y todo el fundamento de la otra parte consiste en dezir, que lleuaua el coche despacio y no corriendo, y solo por esto se pretende hazer inculpable el cochero. Pero si bien se aduierte, mucho mayor culpa es auer muerto la Niña lleuando el coche muy a espacio, que si lo lleuàra corriendo; porque no fue sucesso ocasionado por la violencia de las mulas, sino inmediatamente por culpa y dolo del cochero, q̃ la quiso matar: y esto mismo es lo que dizen los testigos, que el cochero la derribò y trompicò con el coche, y luego se fue huyendo: y assi fue accion propria del cochero, y tenetur, *l. Cornelia, vt ait l. 5. ff. ad leg. Aquiliam*, porq̃ fue propriamente homicida causal, y formal: porque el homicidio es causal y formal quando el que comete, dat formã & causam homicidij, vt qui suo proprio animi motu occidit. Y assi si el cochero matò la Niña, como dizen los testigos, no solo fue homicidio culpable, sino doloso. Pero quando el homicidio sucedio por ocasion nollens occidere, no procede la *l. Cornelia*, sino la *l. Aquilia*, y el homicida *nõ dicitur propriè homicida, quia tantùm mortis causam dedit; vt comprobat Decianus tractat. criminal. tom. 2. cap. 18. n. 10. lib. 9. & cap. 19. n. 2. & est textus in l 5. §. iniuriam, ff. ad legem Aquiliam*, que dize, que quando se haze injuria, que es *id quod non iure factum est, vel contra ius, id est, si culpa quis occiderit, vtraque actio concurrit, & legis Aquiliæ, & iniuriarum, & duæ erunt æstimationes, alia dãni, alia contumeliæ, igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo qui nocere noluit.* Y assi quando no se le atribuya a este cochero dolo ni animo de matar la Niña, por lo menos hizo injuria y daño sin intencion; y esto basta para q̃ teneatur lege Aquilia. Y con esto se responde a todo lo q̃ se alega en el papel contrario en el num. 1. donde se prueba, que es menester animo para el delito, porque en la ley Aquilia basta qualquiera culpa sin animo, aunque sea leuissima, *l. in lege 44. ad legem Aquiliam.*

Y no se puede escapar de culpa el cochero, quier lleuasse corriendo el coche, o de espacio; porque la culpa tiene sus grados, y segun las circunstancias puede ser mayor o menor. Y quando el cochero no huuiesse excedido en el modo de lleuar el coche, tuuo culpa en arrimarlo tanto hàzia donde estaua la Niña, y la debio ver, y apartarse y preuenir el lance, pues la calle

era

era tan ancha, q̃ lo pudo hazer sin incomodidad. Y para esto no queremos valernos de nuestra probança, sino de la contraria, y ponderamos el dicho del costalero, presentado por la otra parte, que dize, que la Niña estaua arrimada a la pared, y que baxandose a coger vnas ciruelas, la cogio la vltima rueda. De que se prueba quanto arrimò el coche a la parte donde estaua la Niña, pues solo con el mouimiento de auerse baxado, la pudo coger. Y es de ponderar, que el testigo no dize que la Niña se apartò de la pared, ni anduuo, sino que estando arrimada, se baxô: y assi si el cochero vio la Niña arrimada y no se apartò, no es dudable que tuuo culpa y omissiõ: y si no la vio, en no verla consistio la culpa, pues passado por delante della, la debia ver: y si fuera cochero aduertido y diestro, no passàra con tanto descuydo; pues los cocheros auisados no solo deben preuenir y mirar adelante y a los lados, sino boluer los ojos por momentos a las ruedas trasseras: y qualquiera omissiõ que aya tenido, basta para que teneatur lege Aquilia, como se prueba de la *l. qua actione, 7 §. sed & si quis ad legem Aquil.* que es indiuidual y decisiuo de este pleyto, ibi: *Nam etsi lapsus aliquis seruum alienum onere præserit, Pegasus ait lege Aquilia eum teneri, ita demum si vel plus iusto se onerauerit, vel negligentius per lubricum transierit.* De manera que basta passar con negligẽcia y descuydo por donde pudo hazer daño, para q̃ teneatur lege Aquilia: porque es culpa passar por vna calle, sin preuenir el daño que se pudo hazer, vt notat *Gloss. in d. §. sed si quis, verbo fuit,* ibi: *Potuit præuidere, ergo fuit in culpa, si non fecit.* Et est optimus txs. *in l. si putator, eodem tit.* ibi: *Ita tenetur si is in publicum decidat nec ille proclamauit, vt casus eius euitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in priuato idem accidisset posse de culpa agi, culpam autem esse quod cum à diligenti prouidere poterit, non esse prouisum, aut tunc denunciatum esset cùm periculum euitari non possit, &c.*

Y quando concedamos que este cochero non tenetur lege Aquilia, adhuc no se auia de quedar riendo auiendo muerto vna criatura tan lastimosamente, se daria vna accion in factum contra èl, como se prueba expressamente de la mesma *l. qua 7. ad l. Aquiliam, §. proinde, l. 1. §. cum seruus, ff. de his qui deiecer. vel effunder.* ibi: *Sed ego puto seruum impunitum esse non oportere, sed extra ordinem officio iudicis corrigendum, &c. l. in delictis, §. cum dominus, ff. de noxalibus act.* ibi: *Ergo dolus serui impunitus erit, quod est iniquum, imo vtroque modo dominus tenetur.* Y en en efeto de aquel hecho resultò perder la vida la criatura, y para esto no es necessario q̃ inmediatamẽte la aya muerto el cochero, sino que de aquella causa y de aquel hecho se ocasionasse la muerte, vt ait ipse *Vlpianus in dict. l. §. Celsus ad leg. Aquiliam,* ibi: *Celsus autem multum interesse (dicit) occiderit? an mortis causam præstitit? vt qui mortis causam præstiterit, non Aquilia, sed in factum actione teneatur.* Porque la *l. Aquilia* directa procede propriamente contra aquel que por su persona, vel suo corpore cometio el homicidio sin querer: però quando no lo cometio por su persona, sino alio modo, datur vtilis Aquilia. Y quando sucedio el caso de tal manera, q̃ no se pueda dar Aquilia directa ni vtil, datur actio in factum, como lo dize y exemplifica expressamente el *§. fin. i*

stit. de lege Aquilia: y assi la accion in factum est subsidiaria, vt ait *Glos. in d. l. qua actione, § proinde, verb. in factum, ff. ad legem Aquiliam. Optimus textus in l. Boues, l. si seruum, in fine, ff. eodem titulo.* Y pruebase tambien de la *Gloss. in l. 1. ff. si quadrupes paup. fecis. dica. verbo iniuriæ*, donde auiendo dicho el dicho texto, que la accion de pauperie procede quando el animal por su ferocidad hizo daño, lo limita *quando propter culpam mulionis, vel propter loci iniquitatem onus in aliquẽ euẽtu*; y entonces, dize, que cessa la accion de pauperie, pero no por esso queda libre, *quia damni iniuriæ agetur*: y aqui la glossa verbo *iniuriæ*, dize, que entonces se dà la accion *in factum, vel vtili Aquilia contra mulionem*; comprobat nouissimè *Suarez de Mendoça ad legem Aquiliam, lib. 3. cap. 3 ex n. 1.* vbi ait, *quod actio damni iniuriæ pro legis Aquilia accipienda.* Y por esto es resolucion certissima, q̃ por mas que sea el homicidio casual y sin animo de hazerlo, el homicida solo se escusa dela pena ordinaria, pero no dela extraordinaria, mayor o menor segun las circunstancias del caso, *l. in lege Cornelia, ff. ad legem Corneliam, glossa in l 4. & 5. tit. 8. part. 7* cum alijs pluribus traditis à *Plaça de delict. lib. 1. cap. 26. n. 1.* Y son buenos textos la *l. 12. y 13. tit. 23. lib. 8. Recopilat.* que dan pena por el homicidio casual: y dà la razon la *ley 13.* ibi: *Ca maguer que no lo quiso matar, no pudo ser sin culpa, porque fue trabajar en lugar que non deuia.* Luego matar vna Niña con vn coche passando por vna calle publica y passagera, no pudo ser sin culpa del cochero, pues la vio, o la debio ver, y preuenir el daño, como se prueba del *§. 4. y 5. instit. de lege Aquilia*, que ponen el exemplo enel que haze alguna cosa licita en la calle publica y passagera; y dizen, que *si non proclamauit vt casus euitari possit, culpæ reus est. l. 1. §. 1. ff. de his qui effund. vel eijcer* ibi: *Publicè enim vtile est sine metu, & periculo per itinera comeari, quia iter facientibus prospicitur, non publicis vijs studetur, semper enim ea loca, per quæ vulgò iter solet fieri, eandem securitatem debent habere.* Y assi aunque la misma Niña se huuiera metido debaxo de la rueda, en ella no se pudo dar culpa, por no tener capacidad ni entendimiento *l 5. § sed si infans ad legem Aquiliam*, latè cõprobat *Suarez de Mendoça ad legem Aquiliam, lib 1. cap. 2. ex num. 16. cum seqq.* el cochero si, que arrimò tanto el coche a vna criatura, que la pudiesse atropellar, como lo hizo.

De esto resulta, que el cochero no se puede escusar de culpa y delito, aunque lleuasse el coche de espacio; & per consequens el señor Canonigo està obligado a lo mismo que su criado, porq̃ tenetur ex eius facto & delicto, vt latè probamus in prima allegatione, y lo reconoce y cõfiessa el Abogado contrario en su papel fol. 2. n. 6.

Y aora añadimos, que por el delito del criado tiene el amo pena particular, como expressamente se dize en el *§. item is inst. de obligat. quæ ex quasi delict. nascunt.* y en la *l. 1. §. 1 ff. de his qui effunderint, vel eijcer.* donde se dize, q̃ si el criado hiere, o daño con lo q̃ arrojàre a la calle, queda obligado a la satisfacion el señor in duplum por la accion in factum, aũque no tenga culpa, ibi: *Nec adijcitur culpæ mentio, vel inficiationis, vt in duplum detur actio, quamuis damni iniuriæ vtrumque exiget.* Y luego prosigue enla especie de este pleyto, videlicet quãdo

do huuo homicidio: *Sed cúm homo liber perijt, damni æstimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit.* Y esta condenacion, segun la moneda corriente, importa mil y docientos y cinquenta reales de plata: porque el aureo antiguo del tiempo de los Romanos, era lo mismo que solido, y vno y otro valia 25. denarios argenteos, los quales eran de plata acendrada. *Brisonio de verbis iuris, verbo aureū. Flaga de delictis, lib. 1. cap. 2. n. 5. vers. æris prætia,* y corresponden a los reales que oy corren de plata Castellanos, vt tradit *Dominus Præses Cobarrubias de Numismat. collatione, c. 2. n. 7.* Y desta pena no se puede escusar el señor Canonigo, pues es clara la disposicion de derecho; y esto demas de la arbitraria q̃ el cochero merece, pues esta pena es puesta al amo.

Y no obsta dezir que el señor tenetur solo quando tuuo culpa enla mala eleccion del criado: porque quando tuuo culpa en elegir mal criado, facineroso y delinquente, y supo el delito, y lo cõsintio, o por lo menos lo prohibio pudiendo, està obligado nomine proprio in solidum, *l. videamus, ff. locat.* vbi *glossa verbo suo nomine.* Y esto procede aunque el amo no tenga culpa alguna en el delito, porque basta por culpa tener criado facineroso, *l. si seruus, §. Proculus ad legem Aquiliam,* ibi: *Sed hæc ita si culpa Colonus careat; cæterum si noxios seruos habuit damni eius iniuria teneri, cur tales habuit. l. 1. §. hæc, ff. si famil. furt. fecisse dicatur.* Y este no es el caso de este pleyto, ni pretendemos accion criminal contra el señor Canonigo, sino que està obligado ciuilmente por el delito y hecho de su criado, cometido en el mismo exercicio y ministerio en que fue propuesto. Y en este caso no es dudable que el amo està obligado sin ninguna distincion, porque basta auerle propuesto para aquel ministerio para que el amo quede obligado subsidiariamente a todo lo que el criado obrare mal. *Quia ex facto famuli sentit commodum dominus prouenien ex illo exercitio, ad quod famulus erat propositus, & non potest allegare ignorantiam delicti famuli, cùm potuit cogitare eum tale facturum;* vt singulariter tenet *Antonio de Amatis decis. 8. n. 15. & 19.* Y esta es opinion de todos los autores alegados en nuestro primero papel, a que no se responde cosa concluyente por el contrario. Y que el amo tenetur ciuiliter en este caso, dizelo expressamente *Graciano enla disceptacion 625. Bertasolo cons. 352. tomo 2. in additione. Franciscus Marcus decis. 423. n. 13. ex glossa in l. obseruari, § proficisci, ff. de officio Proconsulis. Romanus cons. 13. & 15 Hermosilla* en el lugar que se refiere por la otra parte, que es el mismo que tenemos alegado.

Y aunque en este caso ay duda si cumple el amo con exhibir el criado, que es la que propone Hermosilla vbi proximè, la resolucion es, que quando el criado fue propuesto a algun oficio publico, *& delinquit in ministerio, seu officio, tunc tenetur dominus exhibere, l. 1. §. quod nouissimè, & l. cùm si exhibuissent de publicanis, sed si exercet officium priuatum exhibendo, non liberatur dominus,* vt tenet *Bartolus in dicto §. quod nouissimè, & magistraliter resoluit Franciscus Marcus decis. 424. n. 6. omnino videndus.* Y pues el ser cochero es oficio priuado, no cumplirà el señor

ñor Canonigo con exhibirlo, ni lo exhibe; conque salimos de la duda.

Tampoco obsta dezir, que esta resolucion procede en los Mesoneros y Maestres de Naos, porque lo contrario consta de los mismos textos alegados en nuestro primero papel, vers. Es cõclusion cierta: y *Hermosilla in glossa 7. l. 3 tit. 2. p. 5. n. 12.* habla generalmente, y pone el exemplo en el Cocinero y el Cauallerizo: y *Bartulo in l. 1. ff. de publican. § familiæ*, habla tambien generalmente; y el mismo texto habla del Arrendador o Publicano, y todo el titulo *de his qui effunderint, vel eijcerint*, habla de el criado que arroja algo a la calle, a que està obligado qualquier habitador: con lo qual es sin fundamento limitar esta doctrina solo a los Mesoneros y Maestres, y no ay doctrina, ni se alega que tal diga: y en efeto es contra la *l. 24. tit. 15. p. 5.* q̃ habla en el dueño del ganado, que hizo daño por culpa del criado, o sin ella.

Que està obligado por accion noxal.

HAsta aqui emos fundado la obligacion que tiene el señor Canonigo, ex quasi delicto, que nace de el hecho culpable de su cochero: pero demas de esta, tiene otra obligacion que es noxal, por auerse cometido esta muerte con su coche y mulas, y està obligado a dallo pro noxa, en satisfacion de el daño que se le ha seguido a la actora de auelle muerto a su hijo: el qual daño no consiste solo en los gastos de la cura, sino al dolor y sentimiento de auer perdido a su hija, y la vtilidad que de ella pudiera tener, como dize el *texto in l. ex hac lege, ff. si quadrupes, &c.* ibi: *Et operarum amissarum, quasque amissurus qui esset inutilis factus.* Y aunque el cuerpo libre no recibe e[illegible]imacion, esto se entiende, que no se estima en ciento ni en docientos como el esclauo, pero por lo menos se estima el daño de quien le pierde, cõ el aprecio que haze de auello perdido, *l. ait lex 21. ad legem Aquiliam*, ibi: *Sed vtrûm corpus eius solùm æstimamus quanti fuerit cùm occideretur; an potius quanti interfuit nostra non esse occisum, & hoc iure vtimur, vt eius quod interest fiat æstimatio.* Y supuesto que aqui era criatura la muerta, solo se puede estimar el dolor de la madre, y la esperança que podia tener de su hija, y que ninguna madre en el mundo quisiera padecer semejante sentimiento y dolor por ningun interes: y esta estimacion es arbitraria, y no se puede regular con certeza.

El Abogado contrario en el num. 13. dize, que esta conclusion de que el señor Canonigo teneatur pro noxa, es tan ajustada al pleyto, que si fuera cierta, no te[illegible]ia duda; pero contentase para excluilla solo con dezir, que no procede en este caso la accion de pauperie, porque las mulas no mataron la criatura. Pero en esto se engaña, porque la accion de pauperie propriamẽte procede quando el animal hizo el daño, èl por su crueldad contra naturam sui generis; como el cauallo manso, que sin ser picado dio coz, o hizo otro daño: *Puta si equus calcitrosus calce percuserit*, como dize la *l. 1. ff. si quadrupes, &c.* Y lo mismo es si no huuiesse sido herido, sino solo tocado blandamen-

te,

te, quia tunc procede la accion de pauperie: *Et si cum equum permulsisset quis, vel palpatus esset, calce percusserit, erit actio locus.* Y para esto no es necessario que el animal con su cuerpo aya hecho el daño, sino otra qualquiera cosa a quien se aya llegado; porque basta que por su mouimiento aya sucedido la muerte, para que proceda la accion de pauperie; que es lo mismo que en este pleito passò: porque las mulas no mataron la Niña, sino el coche a quien ellas lleuauan, como dize la misma *l.1.§.siue autem*, ibi: *Siue autem corpore suo pauperiem quadrupes dederit, siue per aliam rem quam tetigit quadrupes, hæc actio locum habeuit vt puta si plaustro bos obtriuit aliquem, vel alia re deiecta.* Por manera q̃ si estas mulas no fueron mouidas ni picadas con violencia, sino que caminauan a su passo natural (como se pretende por la otra parte) y desta manera el coche a quien arrastrauan cogio la Niña, procede induuitablemente la accion de pauperie de tal suerte, que primero se debe proceder contra el dueño de el coche, que no contra el cochero, aunque estan ambos obligados, como expressamente lo prueba el Consulto en la *l. & eleganter, §. si quadrupes, ff. de d. lo*, ibi: *Si quadrupes tua dolo alterius damnum mihi dederit, quæritur an de dolo habeã aduersus eum actionem? Et placuit mihi quod labeo scribit; Si dominus quadrupedis non sit soluendo dari debere de dolo, quamuis si noxæ deditio sit sequuta, non puto dandam, nec in id quod excedit.* Y en este texto se ha de ponderar, que el animal hizo el daño dolo alterius, vel culpa, por la qual *tenebatur lege Aquilia vtili, vel in factum*; que son terminos en que no podia proceder la accion de pauperie, y sin embargo se dà contra el señor; porque alli el dolo es culpa, como nota la *Glossa, verbo dolo*, & tradit *Suarez de Mendoça ad legẽ Aquiliã, lib.3.c.7.sect.1.n.38.* aũq̃ estas acciones suelen ser contrarias, la misma *Glossa* nota, que este *§. si quadrupes*, procede quãdo el dolo y la culpa del q̃ dio la causa al daño, consistio in omittẽdo, q̃ entonces pueden concurrir ambas acciones: y assi si en la especie de este pleyto la culpa del cochero no fue dolosa sino de omission y negligencia, procede sin duda la acciõ de pauperie cõtra el señor Canonigo, primero q̃ la vtil Aquilia cõtra el cochero: aunq̃ el mismo *Suarez de Mendoça vbi proxime n.41.* dize, q̃ en este caso concurren ambas acciones por diuersos respectos: vna contra el señor quadrupedis, y otra Aquilia cõtra el q̃ lo lleuaua, *ex txu in l.1.§. Sed si canis, ff. si quadrup.* y concluye diziendo: *Nec durum, & iniquũ videri debet ex vna eademq; causa non eodem iuris vinculo plures ob diuersos respectus adstringi, sed vnũquẽq; speciali actione, eo modo quo plures tenentur diuersis actionibus ob dãnũ in naui datũ;* Nã Aquilia agi potest *cum eo quod damnũ dedit, & derecepto cũ exercitore, qui saluum fore recepit á furto & damno. l. licèt 6. §. vltimo, ff. nautæ caupones.* Y assi vt cumq; sit el señor Canonigo, està obligado a dar pro noxa su coche y mulas, porq̃ cõ ellas y con el coche se matò la criatura; y tambien està obligado ciuilmente a la pena en que incurrio su cochero, por auer lleuado el coche con tan poca preuencion y aduertencia, que ocasionò la muerte por què el señor tenetur ex facto famuli. Saluo, &c.

El Lic. D. Lorenço del Castillo y Gallegos.